

48. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Dezember 1944 i. S. Bösch und Konsorten gegen Bendiner.

*Bürgschaftsrecht.*

Übergangsbestimmungen zum 20. Titel des rev. OR: Begriff der « neuen Tatsache » (Abs. 2). — Anwendbarkeit des Abs. 2 Ziff. 3, wenn der Bürge auf Grund besonderer Abrede erst nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts belangbar wurde. — Verzicht auf die Anwendung des neuen Rechts ?

*Cautionnement.*

Dispositions transitoires du vingtième titre CO révisé: Notion des « faits qui se produisent postérieurement » à l'entrée en vigueur du CO révisé (al. 2). — Applicabilité de l'alinéa 2, chiffre 3, lorsque, en vertu d'une convention spéciale, la caution n'a été recherchée qu'après l'entrée en vigueur du CO révisé. — Renonciation à l'application du nouveau droit ?

*Fideiussione.*

Disposizioni transitorie del titolo ventesimo del CO riveduto. Nozione dei « fatti verificatisi posteriormente » (cp. 2). — Applicabilità del cp. 2, cifra 3, quando, in virtù di una convenzione speciale, l'obbligazione del fideiussore sia diventata esigibile solo dopo l'entrata in vigore della nuova legge sulle fideiussioni. Rinuncia all'applicazione del nuovo diritto ?

Die Beklagten gingen im Jahre 1936 eine Bürgschaft für einen Kontokorrentkredit ein. Gleichzeitig verpflichtete sich ihnen die Klägerin als Rückbürgin und gab ihnen zur Sicherung der allfälligen Rückbürgschaftsansprüche ein Gemälde zum Pfand, wobei folgendes vereinbart wurde: Falls die Beklagten aus ihrer Bürgschaft belangt werden sollten, hatten sie die Klägerin zur Zahlung aufzufordern, jedoch, wenn diese nicht zahlen konnte, mit der Verwertung des Pfandes zwei Jahre (von der Zahlungsaufforderung an gerechnet) zuzuwarten.

Im Jahre 1940 wurden die Beklagten aus ihrer Bürgschaft in Anspruch genommen. Sie forderten die Klägerin ohne Erfolg zur Zahlung auf. Die Parteien kamen dann auf Grund eines Schreibens der Klägerin vom 1. August 1940 überein, dass die zweijährige Frist für den Verwertungsaufschub am 31. Juli 1942 ablaufe.

Im Jahre 1943 leiteten die Beklagten Betreibung auf Faustpfandverwertung ein. Die Klägerin bestritt sowohl das Pfandrecht als die Rückbürgschaftsforderung und

erhob im Aberkennungsprozess u. a. die Einrede der Vorausklage.

Das Obergericht des Kantons Zürich berücksichtigte von Amtes wegen den von den Parteien und der ersten Instanz nicht in Betracht gezogenen Umstand, dass am 1. Juli 1942, also ein Monat vor dem Ablauf der Vertragsfrist, das neue Bürgschaftsrecht in Kraft getreten war. Es hiess deshalb die Aberkennungsklage gut mit der Begründung, nach dem anwendbaren Abs. 2 Ziff. 3 der Übergangsbestimmungen zum revidierten Bürgschaftsrecht (UeB) sei die Klägerin im Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung nicht belangbar gewesen. Das Bundesgericht schützte diesen Standpunkt mit folgenden

*Erwägungen:*

Am 31. Juli 1942, also nach Inkrafttreten des neuen Rechts, wurde die Klägerin für die bis dahin entstandenen (und fälligen) Rückbürgschaftsansprüche erst belangbar. Dieser Sachverhalt stellt eine « Tatsache » im Sinne von Abs. 2 UeB dar. Denn als solche hat jedes Ereignis zu gelten, an das sich irgend eine Rechtswirkung knüpfen kann. Zu Unrecht bringen die Beklagten demgegenüber vor, Abs. 2 UeB wende den Grundsatz von Art. 1 Abs. 3 des Schlusstitels zum ZGB nur mit Einschränkungen an. Abs. 2 Ziff. 1-6 schränken nicht etwa den Begriff der « später eintretenden Tatsachen » ein, sondern vielmehr die Tragweite der an diese Tatsachen nach dem neuen Recht geknüpften Rechtsfolgen. Dadurch wird aber eine weite Auslegung des Ausdruckes « Tatsache » gerade erleichtert.

Hinsichtlich der erst nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingetretenen Tatsache der Belangbarkeit findet demgemäss das neue Recht Anwendung, und zwar Abs. 2 Ziff. 3 UeB, der die einschlägige Vorschrift des neuen Rechts, Art. 496, für altrechtliche Bürgschaften einschränkt.

Es erübrigt sich zu prüfen, ob die Klägerin in ihrem

Schreiben vom 1. August 1940 zum voraus auf die Anwendung des neuen Rechts verzichtet habe, wie die Beklagten behaupten. Denn eine solche Erklärung wäre so wenig verbindlich wie ein zum voraus erklärter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (Art. 492 Abs. 4 OR). Seit dem 1. Juli 1942 kann ein Solidarbürge kraft zwingenden Rechts erst belangt werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 496 rev. OR oder Abs. 2 Ziff. 3 UeB erfüllt sind. Dies gilt jedenfalls dann unbeschränkt, wenn die Belangbarkeit überhaupt erst nach diesem Zeitpunkt eintrat. Darauf, dass der Eintritt der Belangbarkeit nur auf Grund einer besondern Abrede so spät erfolgte, kann nichts ankommen.

Es kann ferner offen gelassen werden, ob eine unbedingte Schuldanerkennung des Bürgen die Anwendung des Art. 496 rev. OR auszuschliessen vermag. Denn im Schreiben der Klägerin vom 1. August 1940 kann keine solche Anerkennung erblickt werden.

Auf den Schutz des zwingenden Art. 496 konnte die Klägerin dagegen im Prozess verzichten. Ein solcher Verzicht ist aber nicht anzunehmen, da die Klägerin dem Anspruch der Beklagten die Einrede der mangelnden Vorausklage entgegengesetzt hat, in der die Berufung auf die Einwendungen des Art. 496 als mitenthaltend gelten muss. Im Umstand, dass die Klägerin auf den Schutz einer gerade zu Gunsten des Bürgen aufgestellten zwingenden Vorschrift nicht verzichtet hat, kann entgegen der Ansicht der Beklagten auch kein Rechtsmissbrauch erblickt werden.

### III. PROZESSRECHT

#### PROCÉDURE

#### 49. Urteil der II. Zivilabteilung vom 30. November 1944 i. S. Dessauer gegen Schweiz. Lebensversicherungs- und Rentenanstalt.

1. Begriff des *Haupturteils*, Art. 58 OG.
  2. *Rechtsdomizil der Versicherungsunternehmungen* in jedem Kanton ihres Geschäftsbereiches. Jeder im Kanton wohnende Anspruchsberechtigte kann die Klage aus Versicherungsvertrag an diesem Gerichtsstand anheben. Eine schweizerische Unternehmung kann dort auch für Ansprüche aus ihrem ausländischen Geschäftsbetriebe belangt werden, eine ausländische dagegen nur für Ansprüche aus dem schweizerischen Geschäftsbetrieb.
- Art. 2 Z. 3, b und Z. 4 Abs. 1 BG vom 25. Juni 1885 betreffend Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens.

1. *Notion du jugement au fond*, art. 58 OJ.
  2. *Domicile juridique des entreprises d'assurance* dans chaque canton de leur rayon d'activité. Tout intéressé domicilié dans le canton peut introduire à ce for les actions fondées sur le contrat d'assurance. — Les entreprises suisses peuvent y être recherchées même pour leur activité à l'étranger ; les entreprises étrangères, seulement pour leur activité en Suisse.
- Art. 2 ch. 3 lettre b et ch. 4 al. 1<sup>er</sup> LF du 25 juin 1885 concernant la surveillance des entreprises privées en matière d'assurance.

1. *Nozione di giudizio di merito*, art. 58 OGF abr.
  2. *Domicilio giuridico delle imprese d'assicurazione* in ciascun cantone in cui svolgono la loro attività (art. 2 cifra 3, b, e cifra 4, cp. 1 Legge federale 25 giugno 1885 sulla sorveglianza delle imprese private d'assicurazione).
- Ogni avente diritto domiciliato nel Cantone può proporre a questo foro l'azione dedotta dal contratto d'assicurazione. Un'impresa svizzera vi può essere convenuta anche per diritti derivati dalla sua attività all'estero ; un'impresa straniera, invece, solo per diritti derivati dalla sua attività in Svizzera.

A. — Am 6. August 1924 schloss der Kläger, ein deutscher Jude, der damals in Stuttgart wohnte, mit der Beklagten eine gemischte Lebensversicherung auf 20 Jahre über 100,000 Schweizerfranken ab. Die Beklagte hat ihren Sitz in Zürich und eine Niederlassung in München für das